



## La agencia genuina, un buen instrumento para la apariencia...

ALFREDO BRIGANTY  
QVADRIGAS ABOGADOS

Hace tiempo que llevamos hablando de cambios sustanciales en el modelo contractual, hasta el punto de haber presagiado que un mismo empresario distribuiría los distintos productos y servicios de un proveedor, con dos contratos distintos, para un mismo mercado y con una sola estructura (CIF, instalaciones, gerencia y personal).

La última vez en el [número 49](#) de este mismo *Magazine*, hace escasamente un año, con el título *Concesión y Agencia: dos contratos distintos para un mismo empresario...*

Me referí entonces al modo en que los fabricantes habían previsto su nuevo modelo de negocio, mediante la incorporación del contrato de agencia a la red primaria, asegurándose la entrega de sus

**Independientemente del adjetivo que se atribuya a cualquier contrato de agencia, todos quedan sometidos, sin posible distinción, a lo dispuesto en la Ley 12/1992**

ventas directas en las mismas instalaciones de los concesionarios. A tal efecto, apunté las diferencias entre la *agencia genuina*, hasta la fecha nada común en el sector de la automoción, y la *agencia no genuina*, la característica del sector, porque ya era más que un rumor que algunas marcas querían alejarse en lo posible de las cortapisas propias del derecho de la competencia.

Con el tiempo, me he dado cuenta de que una cosa es predicar y otra dar trigo, porque han sido muchos los empresarios que me han trasladado sus dudas a la hora de diferenciar unas de otras. Reconozco que no es sencillo entender la cuestión si no estás acostumbrado a vivir de los matices, por lo que aprovecho que el rumor se ha convertido en realidad para abundar en la cuestión.

Para empezar, me gustaría dejar claro que, independientemente del adjetivo que se atribuya a cualquier contrato de agencia, todos quedan sometidos, sin posible distinción, a lo dispuesto en la Ley 12/1992,

**Para saber si se trata de una agencia genuina o no genuina, el legislador comunitario ha establecido dos características diferenciadoras: la asunción de los riesgos de la actividad y la mayor o menor independencia en la toma de decisiones comerciales**

de 27 de mayo, que lleva su mismo nombre, vigente en nuestro país desde hace más de 30 años y que no distingue, desde el punto de vista mercantil, entre el *agente genuino* y el *no genuino*.

A efectos legales, agente es aquel empresario, persona física o jurídica, que se obliga de manera estable y duradera, a cambio de una remuneración (entiéndase comisión), a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. Que se les denomine *genuinos* o *no genuinos* no afecta para nada a la hora de su sometimiento a la legislación nacional.

Ha sido el legislador europeo, al tratar de buscar soluciones a las imperfectas reglas de la libre competencia, quien ha tenido que distinguir esta doble tipología de agentes en orden a encorsetar o no su actividad, según el caso, en la normativa restrictiva aplicable a los acuerdos que pudieran restringir o falsear la competencia en el mercado. Para entendernos rápidamente, solo la agencia genuina queda excluida de la aplicación del Reglamento de Restricciones Verticales (REC 720/2022).

Para saber si se trata de una agencia genuina o no genuina, el legislador comunitario ha establecido dos características diferenciadoras: **la asunción de los riesgos de la actividad y la mayor o menor independencia en la toma de decisiones comerciales**. Mientras que el agente genuino no arriesga recursos propios y depende de su principal, a modo de *alter ego*, siguiendo sus instrucciones a pie juntillas, el *agente no genuino* actúa con mayor libertad en el mercado y asume los riesgos de su actividad, a sabiendas de que el éxito de su negocio va a depender de la rentabilidad que pudiera obtener, merced a sus propias decisiones en cada caso. Para salir de dudas, el legislador comunitario los diferencia, llamando a estos últimos *distribuidores independientes*.

Cierto es que al matiz de la asunción de los riesgos le da mayor importancia, hasta el punto de que, en el caso de los genuinos, dispone que será el principal, léase el

## Solo si se tratara de una agencia genuina, quedaría la actividad de un agente al margen de las restricciones operativas que dispone el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el ámbito de la libre competencia

fabricante, quien tenga que asumir la totalidad de los costes y gastos financieros y comerciales necesarios para el ejercicio de la actividad. Por lo que concierne a la independencia, conocida el especial proselitismo que ejercen los fabricantes sobre sus colaboradores, la diferencia de matiz sería muy cuestionable según las circunstancias.

Insisto en que, solo si se tratara de una agencia genuina, quedaría la actividad de un agente al margen de las restricciones operativas que dispone el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el ámbito de la libre competencia. Por el contrario, los acuerdos y la actividad de los agentes no genuinos (distribuidores independientes) está sometida a las limitaciones establecidas en el reglamento (UE) n° 720/2022 de exención por categorías.

Si me he atrevido con el título *la agencia genuina es un buen instrumento para la apariencia*, es porque el papel lo aguanta todo y, lo que a priori pudiera parecer una cosa, termina por convertirse en algo tan genuino como real. Permítanme jugar con el significado de las palabras, porque la experiencia me dice que algún fabricante, para tratar de evitar las restrictivas normas de la competencia (la aplicación de los reglamentos comunitarios aplicables al sector) tratará de vestir el muñeco de tal manera que sobre el papel parezca que el contrato es genuino, no siéndolo.

Tanto es así, que el propio legislador, con ocasión de la promulgación del REC (UE) n° 720/2022, General de

Restricciones Verticales, ha publicado unas *directrices* que ayudan a la correcta interpretación de la problemática porque, quedar fuera o no de la aplicación de la Normativa de exención por categorías, permite a los fabricantes establecer contractualmente limitaciones sobre el territorio en el que el agente puede desarrollar su actividad, sobre los grupos de clientes a los que puede vender y los precios y condiciones a las que el agente debe vender o comprar los bienes o servicios contractuales.

Se trata de unas prerrogativas de tal calibre que, después de tantos años (desde 1985) de sometimiento a la normativa comunitaria, y a la vista del desarrollo de su nuevo modelo de negocio, algunos fabricantes han visto en la modalidad *genuina* de agencia la mejor manera de satisfacer sus intereses empresariales. Evidentemente, cuanto menos independiente sea el agente y menos arriesgue – como sucede con los agentes de seguros o de viajes- será mayor el control del principal y mayor el servilismo de sus colaboradores.

Al legislador no se le oculta esta realidad, y con el ánimo de organizar en el mercado la actividad de los agentes, ha delimitado los riesgos que no puede asumir un *agente genuino*:

**1°\_ Los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos o negociados por cuenta del principal, como la financiación de existencias.**

**2°\_ Los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado, que suelen ser a fondo perdido, como las inversiones en equipos, locales, formación de personal o publicidad.**

**3°\_ Los riesgos relacionados con otras actividades emprendidas en el mismo mercado de producto.**

## El agente no participa en los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios contractuales

Igualmente, la Comisión ha dejado dicho que:

**(i) la importancia de los riesgos asumidos por el agente suele evaluarse en función de la remuneración obtenida por la prestación de los servicios de agencia, por ejemplo, su comisión, y no en función de los ingresos generados por la venta de los bienes o servicios cubiertos por el acuerdo de agencia**

**(ii) la cuestión del riesgo debe evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación, más que la forma jurídica del acuerdo**

**(iii) el acuerdo de agencia solo puede quedar excluido de la aplicación del reglamento de exención cuando el agente no asuma ninguno de los tipos de riesgos enumerados en el párrafo anterior, o cuando únicamente asuma estos riesgos en una medida insignificante.**

Consciente de la dificultad que entraña delimitar la problemática, las directrices también han dispuesto que un acuerdo se categorizará como de agencia genuina cuando se den todas las condiciones siguientes:

**a) El agente no adquiere la propiedad de los bienes comprados o vendidos y no presta los servicios comprados o vendidos en virtud de dicho acuerdo. El hecho de que el agente pueda adquirir temporalmente, durante un breve periodo de tiempo, la propiedad de los bienes contractuales mientras los vende en nombre del principal, no excluye la existencia de un acuerdo de agencia que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1 del Tratado, siempre que el agente no incurra en ningún coste o riesgo relacionado con esta transferencia de propiedad.**

**b) El agente no participa en los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios contractuales, incluidos los costes de transporte de los bienes. Ello no impide que el agente se ocupe del servicio de transporte, siempre que sea el principal el que corra con los gastos.**



**El agente no realiza inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales, formación del personal o publicidad, a menos que los costes sean reembolsados en su totalidad por el principal**

**c) El agente no mantiene existencias de bienes contractuales, corriendo personalmente con los costes y riesgos, incluidos los costes relativos a la financiación y las pérdidas de las existencias. El agente debe poder devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable, por ejemplo, porque no cumple unas medidas razonables de seguridad o antirrobo que eviten la pérdida de las existencias.**

**d) El agente no asume la responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de los clientes, a excepción de la pérdida de la comisión del agente, a menos que sea responsable (por ejemplo, porque no cumple unas medidas razonables de seguridad o antirrobo, o no cumple medidas razonables a la hora de denunciar los robos al principal o a la policía, o de comu-**

*nicar al principal toda la información necesaria de la que dispone sobre la fiabilidad financiera de los clientes).*

**e) El agente no asume la responsabilidad frente a los clientes u otros terceros por las pérdidas o daños procedentes del suministro de los bienes o servicios contractuales, a menos que el agente tenga la culpa.**

**f) El agente no está obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas, en particular a través de la contribución a presupuestos de publicidad del principal, actividades publicitarias o promocionales específicamente relacionadas con los bienes o servicios contractuales, a menos que dichos costes sean reembolsados en su totalidad por el principal.**

**g) El agente no realiza inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales, formación del personal o publicidad, a menos que los costes sean reembolsados en su totalidad por el principal.**

**h) El agente no realiza otras actividades en el mismo mercado de producto solicitadas por el principal en el marco de la relación de agencia (por ejemplo, la entrega de bienes), a menos que estas actividades sean reembolsadas en su totalidad por el principal.**

**Si el agente incurre en cualquiera de los riesgos especificados y/o en riesgos específicos del contrato que no fueran insignificantes, podría considerarse que es un distribuidor independiente (agente no genuino)**

Y a estos efectos, que tampoco se olvide que existen diversos métodos para que queden cubiertos los riesgos inherentes a la actividad. El fabricante –si desea considerar genuino a su agente- debe asumírselos, ya reembolsando los costes exactos en que haya incurrido el agente, ya cubriéndolos mediante el pago de una cantidad a tanto alzado, o pagando al agente un porcentaje fijo de los riesgos generados por la venta. Para garantizar la cobertura de los riesgos, el método que utilice el principal debe ser sencillo, de manera que permita al agente distinguir fácilmente entre el importe destinado a cubrir los riesgos y costes pertinentes, y cualquier otro pago recibido en concepto de comisión por la prestación de los servicios de agencia.

Podemos concluir que, si el agente incurre en cualquiera de los riesgos especificados y/o en riesgos específicos del contrato que no fueran insignificantes, podría consi-

derarse que es un distribuidor independiente (*agente no genuino*) y, por ende, quedará sometido a la normativa comunitaria de exención por categorías, por mucho que se empeñen otros en lo contrario.

Siendo así, y no porque lo diga yo, parece una temeridad que algunos fabricantes intenten justificar sus deseos con meras apariencias literarias pues, como ilustra la jurisprudencia, *los contratos son los que son y no lo que las partes dicen que son...*

De cualquier manera, dígallo quien lo diga, me quedo con la certeza de que los acuerdos individuales que puedan afectar al libre mercado estarán siempre sometidos a la revisión y valoración de las autoridades nacionales de la competencia, *por lo que de poco o nada servirá la política del trágala...*

Termino, como de costumbre, recordando a mi madre, para satisfacción de algunos -ya lo sé-, porque, cuando escribo y reflexiono en voz alta, me vienen a la cabeza muchas de sus enseñanzas: por mucho que te empeñes, la fruta madura cae sola del árbol...

Con mi respeto a los discrepantes, así lo veo yo, siempre con el mismo entusiasmo... ■